

## NÃO CUMPRIMENTO DE CONTRATOS BILATERAIS

(Interpretação dos artigos 676.º e 709.º do Código Civil)

PELO PROF. DOUTOR INOCÊNCIO GALVÃO TELES

1. A cada passo se celebram contratos de que nascem recíprocas obrigações para os contraentes — contratos bilaterais ou sinalagmáticos.

Esses contratos, como todos os outros, são por via de regra cumpridos, porque, para felicidade nossa, ainda não está de todo embotado no homem o sentimento do respeito pela palavra dada, e assim as relações sociais vão-se desenvolvendo normalmente, sem atritos e sem sobressaltos.

Mas essa regra da pacífica e espontânea execução das obrigações assumidas tem excepções, as quais, se são em pequeno número quando confrontadas com o princípio geral de que se afastam, constituem, em si consideradas, uma avultada massa de casos, para que não devemos olhar indiferentes.

É assim de toda a vantagem procurar conhecer, tão bem quanto possível, o regime da lei para o não cumprimento dos contratos bilaterais, onde maiores são as dificuldades, pela presença de duas ou mais obrigações simultâneas que, no dizer de um autor, «se contrapõem entre si e se equilibram como os dois pratos de uma balança».

Exige-o a tranqüilidade social: quanto melhor fôr conhecida a lei no seu espírito, maior justiça reinará entre os homens.

2. Sempre que, celebrado um contrato bilateral, uma das partes não cumpre, a outra, se já cumpriu ou está pronta a fazê-lo, pode optar por uma de duas soluções extremas, que a lei coloca à sua disposição, em alternativa : ou considera subsistente o contrato, e dêle procura extrair tôdas as conseqüências, directas e indirectas, ou considera-o insubsistente, dando como destruídos os seus efeitos.

Ambas as soluções são lógicas.

É lógica a primeira. O contrato, que não encontrou igual fidelidade nos dois contraentes, não tem, por hipótese, qualquer defeito intrínseco : é válido. E da mesma forma não há, por hipótese, qualquer facto, a êle extrínseco, que necessariamente determine a sua ineficácia : é, em princípio, eficaz. Válido e eficaz, êle está em pleno vigor, e assim o contraente que o não trau tem o poder de exigir do outro que a êle se submeta.

A segunda solução também é lógica. Pode um acto jurídico ter-se constituído válidamente e a lei achar de justiça que a determinada pessoa se dê a faculdade de fazer cessar, com valor retroactivo ou não, os seus efeitos, alegando como fundamento, não o mero arbítrio, mas uma situação objectiva pela lei descrita, a qual situação consiste, ou puramente no prejuízo que para o interessado deriva do acto, ou nesse prejuízo e em outros pressupostos, ou no não cumprimento por uma das partes, etc. A êste estado de coisas adapta-se bem, segundo me parece, o conceito de *rescisão*, embora a lei, que se mostra não raro fluida e hesitante na terminologia, empregue tal palavra, em não poucos dos seus preceitos, para abranger ainda outras situações. Aquela pessoa em cujas mãos se encontra a sorte do acto é por vezes um terceiro, mas pode ser uma das partes. Assim acontece precisamente nos casos de não cumprimento dos contratos bilaterais : quem aí tem direito à rescisão é aquêle dos contraentes que se manteve fiel ao seu compromisso, e o facto que lhe dá tal direito é o não cumprimento, imputável ou não, por parte do outro.

3. A) Conhecidos os dois grandes caminhos que pode seguir o pactuante a quem a lei deve protecção, compete ver, de modo mais concreto, que faculdades lhe são conferidas, ao trilhar um e ao trilhar o outro.

Começarei por considerar a hipótese de êsse pactuante optar pela subsistência do contrato, hipótese a que se referem o § 1.º do art. 676 do Código Civil e, em parte, o corpo do art. 709 do mesmo Código.

Diz o § 1.º do art. 676: «se nenhum dos pactuantes tiver cumprido o contrato e só um dêles se prestar a cumpri-lo, êste pode exigir do outro, ou só a execução do contrato, ou só a pena convencional ou, na falta desta, a devida indemnização, mas nunca uma e outra coisa, simultâneamente».

Diz por seu turno, o corpo do art. 709, na parte que de momento nos interessa: «se o contrato fôr bilateral e algum dos contraentes deixar de cumprir pela sua parte, poderá o outro contraente... exigir que o remisso seja compelido judicialmente a cumprir aquilo a que se obrigou ou a indemnizá-lo de perdas e danos.»

É de censurar o facto de o legislador ter consagrado à mesma matéria duas disposições, colocadas em lugares diversos e redigidas de modos diferentes, mas de conteúdo praticamente igual.

Julgará surpreender-se entre elas uma diferença de pressupostos, visto que o § 1.º do art. 676 supõe que nenhum dos pactuantes cumpriu ainda, e o art. 709, pela sua generalidade, tanto supõe êsse caso como o de um dos pactuantes ter já cumprido.

Mas a verdade é que tal aspecto é de secundária importância, sempre que o contraente fiel (chamemos-lhe assim) se decide pela manutenção dos efeitos do contrato. Neste caso, a circunstância de êsse contraente já haver cumprido, ou não, nada afecta a essência das coisas, no que toca aos poderes que lhe são dados contra o remisso.

Se um executou o contrato e o outro o violou, o primeiro poderá exigir mais ou menos, mas nada tem a satisfazer.

Se porém nenhum cumpriu ainda, nada pode qualquer dêles pretender, desde que não se preste a executar as próprias obrigações: porque enquanto não revelar essa disposição, o outro pactuante terá o direito de resistir e protelar o cumprimento, não incorrendo em falta, dada a interdependência das obrigações das duas partes (*exceptio non adimpleti contractus*, princípio geral de que se faz aplicação no art. 1574 do Código Civil).

A diferença é, portanto, de valor escasso, e consiste no seguinte: quando um dos contraentes tenha dado cumprimento ao contrato, êle pode limitar-se a atacar, sem que nada lhe seja de exigir; de contrário, deve prontificar-se a cumprir para não ser igualmente considerado remisso.

Mas, quer êsse contraente tenha cumprido, quer não tenha cumprido ainda, ¿ que faculdades lhe são reconhecidas, dentro da base de que lhe convém a subsistência do contrato?

4. Não resta dúvida que o pactuante, que ao contrato não desobedeceu, conserva em princípio o direito à prestação, como facto voluntário, se bem que não espontâneo, do devedor.

Assim o dizem os preceitos, transcritos, do § 1.º do art. 676 e do art. 709 do Código Civil. O primeiro declara que o contraente, que não está em falta, «pode exigir do outro... a execução do contrato»; e o segundo estabelece, semelhantemente, que «pode exigir que o remisso seja compelido judicialmente a cumprir aquilo a que se obrigou».

Argumentar-se-á que estas disposições não têm o significado que lhes attribuo, pois são equivalentes e na segunda admite-se a possibilidade de o contraente em falta ser forçado, através dos tribunais, ao cumprimento do contrato — o que não pode referir-se à própria prestação, em si considerada, porque essa, como facto voluntário, como acto do devedor, está necessariamente subtraída ao império da força física: *nemo potest precise cogi ad factum*.

As palavras legais há pouco reproduzidas prender-se-iam, dentro desta argumentação, com a realização do direito do credor sobre o *património* do devedor, direito destinado a assegurar ao primeiro, se o património do segundo para isso chegar, um *equivalente* da prestação não efectuada.

Não creio que seja assim.

O § 1.º do art. 676 (abstraindo por agora da chamada pena convencional) contrapõe à execução do contrato a *devida indemnização*, e o art. 709 também contrapõe ao cumprimento daquilo a que o remisso se obrigou a *indemnização de perdas e danos*.

Ora, segundo penso e mais à frente procurarei evidenciar, se estas expressões «devida indemnização» e «indemnização de perdas e danos» abrangem outros aspectos, também compreendem o

próprio *equivalente patrimonial* da prestação que não logrou realizar-se.

Sendo assim, é óbvio que, ao falar a lei, nas citadas disposições, de execução do contrato e de cumprimento daquilo a que o remisso se obrigou, não pode querer aludir ao equivalente patrimonial, que noutras palavras se encontra referido. Alude necessariamente ao cumprimento voluntário, conquanto — repito — não espontâneo.

E não deve impressionar o facto de se declarar no art. 709 que o contraente pontual pode exigir que o outro «seja compelido judicialmente a cumprir». Este modo de dizer, apesar de reportado, como o entendo, ao cumprimento voluntário, não está em dissonância com a máxima acima recordada, e fundamental no capítulo das obrigações, de que não é lícito forçar quem quer que seja, pela coacção física, à realização de um facto, ainda que essa coacção proceda dos órgãos constituídos.

Há casos, embora excepcionais na legislação portuguesa, em que ao credor são facultados meios indirectos de conseguir a efectuação voluntária da prestação, pela aplicação ao devedor de um mal que ameaça prolongar-se ou repetir-se enquanto êle voluntariamente não cumprir. A êsses casos quadra bem a fórmula interpretanda do art. 709 do Código Civil.

Por outro lado, é preciso não esquecer que a simples instauração e prosseguimento de uma acção ou execução contra o devedor constitui por natureza um meio genérico de incutir temor no ânimo do demandado ou executado, coagindo-o ao cumprimento voluntário, menos gravoso.

E independentemente destas considerações, não pode negar-se que o art. 709 prevê a possibilidade de se compelir o remisso a cumprir, e, se é êle que cumpre, trata-se, por sem dúvida, da realização voluntária da prestação.

5. Quando o devedor, apesar de todos os esforços, se recusa, mesmo tardiamente, a efectuar a prestação, ou a prestação já não é possível ou nenhum interesse tem para o credor, poderá êste procurar, através do património daquele, um benefício que equilibra ao da prestação, assim frustrada.

Por vezes, excepcionalmente, o credor logra, pelo mecanismo

da execução judicial, um resultado em tudo igual ao que lhe traria a prestação, que contudo falhou, como facto pessoal do devedor que êste não quis praticar.

Sucedo isso em três casos :

1.º quando está em jôgo um crédito pecuniário e o pagamento no processo se faz pela entrega de dinheiro ou pelo produto da venda (Cód. do Proc. Civ., art. 882);

2.º quando a execução versa sôbre coisa certa e esta é encontrada no património do devedor (Cód. do Proc. Civ., art. 928 e seguintes);

3.º quando o facto que devia ser prestado tem carácter fungível e o exequente requere a sua prestação por outrem (Cód. do Proc. Civ., art. 933).

Nos demais casos, o credor recebe um *quid* (geralmente dinheiro) que, se não representa o próprio conteúdo da prestação, vale monetariamente o mesmo que esta.

Todos êstes resultados traduzem o exercício, por via judicial, do direito do credor sôbre o património do devedor.

E enquadram-se na categoria genérica de indemnização ou indemnização de perdas e danos, estabelecida no § 1.º do art. 676 e no artigo 709 do Código Civil — embora em bom rigor terminológico assim não devesse acontecer.

A minha afirmação é exacta pelo menos quanto aos casos gerais, em que o credor não obtém aquêlê específico resultado a que tendia a prestação. Relativamente aos outros casos, nos quais alcança êsse resultado, é de duvidar se lhes corresponde com propriedade, e mesmo à face da terminologia legal, o conceito e o nome de indemnização ou de indemnização de perdas e danos. Mas podem sem esforço, e mediante uma interpretação ligeiramente extensiva, considerar-se abrangidos nas fórmulas «execução do contrato» e «cumprimento daquilo a que o devedor se obrigou», porque, embora não haja nêles um cumprimento voluntário, a verdade é que se consegue o mesmo resultado que com tal cumprimento se obteria.

6. Devemos assim dar como certo que, violado um contrato bilateral por uma das partes, pode a outra, como pode aliás qualquer credor cuja pretensão não foi pontualmente satisfeita, pôr em

movimento o seu originário direito de crédito em ordem à actuação de uma das duas grandes faculdades que nêle se compreendem : o direito à prestação ou — se o devedor se conservar renitente ou a prestação fôr agora impossível ou já não tiver interêsse — o direito de execução, que do património do devedor consente extrair valores que ao crêdor tragam um benefício igual ou equivalente àquele com que contava.

Por isso, oferece-se à nossa consideração um problema, de altíssimo interêsse prático, e que perturbadoras dúvidas tem suscitado : ç poderá, nos contratos bilaterais, o contraente que cumpriu, ou está pronto a cumprir, exigir do outro, não só a prestação ou um sucedâneo patrimonial da prestação, mas também o ressarcimento dos prejuízos que sofreu por não ter havido, por parte dêsse outro contraente, execução pontual ?

Suponha-se que *A* comprou a *B* um certo número de aparelhos, que pagou adiantadamente, obrigando-se *B* a fazer entrega dêles no dia 1 de Janeiro de 1946.

Se, chegado êsse dia, *B* não fizer tal entrega, *A* conservará, é claro, o direito de exigir o cumprimento voluntário, e poderá também mover contra o remisso a execução por coisa certa ou, no caso de esta execução resultar infrutífera, obter, no próprio processo, o pagamento do valor respectivo.

Procedendo assim, *A* limitar-se-á a dar realização ao seu primitivo direito de crédito, nos têrmos já expostos, ou fazendo actuar o direito à prestação ou fazendo actuar o direito de execução, que vem a desenvolver-se sôbre o património do devedor, afim de conseguir, através dêle, o próprio benefício que o credor pretendia (no nosso caso os aparelhos) ou um benefício equivalente (o valor em dinheiro dos mesmos aparelhos).

Mas imagine-se que, pelo facto de *B* não realizar a prestação ou não a realizar pontualmente, *A* sofre prejuízos. Não me refiro ao prejuízo que representa a própria violação do direito de crédito, em si encarada, porque êsse desaparece logo que o titular dêste direito o faz valer, obtendo o objecto da prestação ou um equivalente patrimonial. Refiro-me, sim, aos prejuízos que ao credor traz o facto ilícito da violação, pela repercussões que determina sôbre outros aspectos da sua esfera jurídica. Seria o caso de *A*, em consequência da falta de *B*, perder a oportunidade de fazer um

negócio com os aparelhos que *B* deveria entregar-lhe, no qual ganharia determinada importância.

¿ Será o devedor (neste exemplo, *B*) obrigado a pagar também o valor d'esses prejuízos, a que deu causa com a sua conduta ilícita ?

Nos casos gerais, a resposta é inegavelmente afirmativa, mas, se se trata de contratos sinalagmáticos, a dúvida põe-se, mercê da redacção defeituosa da lei.

O § 1.º do art. 676 está, com efeito, assim concebido : «se nenhum dos pactuantes tiver cumprido o contrato e só um d'elles se prestar a cumpri-lo, êste pode exigir do outro, ou só a execução do contrato, ou só a pena convencional ou, na falta desta, a devida indemnização, *mas nunca uma e outra coisa, simultâneamente*». E, de seu lado, o art. 709 diz : «se o contrato fôr bilateral e algum dos contraentes deixar de cumprir pela sua parte, poderá o outro contraente... exigir que o remisso seja compelido judicialmente a cumprir aquilo a que se obrigou ou a indemnizá-lo de perdas e danos».

O modo como estão redigidos os dois preceitos favorece, à primeira vista, a solução de que não podem exigir-se, *simultâneamente*, a prestação (ou um sucedâneo dela) e o ressarcimento pelos prejuízos sofridos. O credor teria de contentar-se ou com aquela prestação (ou respectivo sucedâneo patrimonial) ou com êste ressarcimento.

Contra tal solução reage, a meu ver, o bom senso e reagem os mais elementares princípios informadores da responsabilidade contratual.

Nada há, com efeito, de específico no direito de crédito nascido de um contrato bilateral que obste lógicamente a que o seu titular possa prevalecer-se d'êle e, ao mesmo tempo, do direito a ser indemnizado dos prejuízos que a violação do primeiro lhe ocasionou.

A falta do devedor não faz desaparecer, obviamente, o primitivo direito do credor, que continua a poder invocá-lo; mas, em compensação, faz surgir um direito à reparação dos prejuízos, que emerge, nos têrmos gerais de direito e nomeadamente nos têrmos dos arts. 2361 e 705 do Código Civil, do facto ilícito que naquela falta se consubstância. Se o credor está assim investido na titularidade de dois direitos, ¿ porque só há-de poder exercer um ?

Acresce que, por fôrça do § 2.º do art. 676, «o direito de exigir



a pena convencional ou a dita indemnização (a indemnização referida no § 1.º) nasce da simples mora na execução do contrato». Este §, cujo interesse para a resolução do nosso problema se torna inútil evidenciar, mostra explicitamente que é possível cumular, com a execução do contrato bilateral, a indemnização correspondente aos prejuízos que da simples mora resultaram.

E é fácil dar uma explicação da maneira, aliás extremamente incorrecta, por que o legislador se exprimiu no § 1.º do art. 676 e no art. 709. As expressões «indemnização» e «indemnização de perdas e danos» atribuiu êle, nestes preceitos, um significado muito amplo, de molde a abranger, não só a reparação dos prejuízos causados pela inobservância do contrato, como também o equivalente patrimonial da prestação (cfr. art. 706). Ora, como a realização voluntária desta não pode ser evidentemente cumulada com o seu equivalente pecuniário, daí a alternativa estabelecida entre a execução do contrato (art. 676) ou o cumprimento daquilo a que o remisso se obrigou (art. 709) e, por outro lado, a indemnização de perdas e danos, que tal equivalente abrange também. Isto não impede contudo, pelas razões expostas, que o credor tenha direito à reparação dos prejuízos tanto no caso de pedir um equivalente da prestação como no caso de pretender a própria realização desta.

Em reforço de tal argumentação, pode invocar-se o preceituado genericamente no art. 931 do Código de Processo Civil, relativo à execução para entrega de coisa certa, e segundo o qual, «se não fôr encontrada a coisa que o exequente devia receber, pode êle, no mesmo processo, fazer liquidar o seu valor e as perdas e danos, provenientes da falta de entrega».

7. O § 1.º do art. 676 contrapõe à *indemnização a pena convencional*, estatuinto que só na falta desta poderá aquela ser exigida. As duas realidades são assim, ao que parece, *equivalentes* para êsse preceito de lei, *excluindo-se* uma à outra.

Isto não constitui argumento contra a opinião que defendi anteriormente.

Certo é que, em meu modo de ver, a palavra «indemnização» tem, nesta disposição legal, um sentido bastante amplo e pouco rigoroso, compreendendo, a par da indemnização propriamente

dita, ou seja, do ressarcimento dos prejuízos sofridos, o valor da prestação não efectuada.

Mas não pode negar-se que a cláusula penal é susceptível de abranger também êsses dois aspectos. Nada na lei o proíbe, autoriza-o o princípio da autonomia da vontade. Assim como as partes têm o poder de calcular previamente o *quantum* possível dos prejuízos que o não cumprimento ocasionará, e de fixar esse *quantum* como reparação devida pelo remisso, assim cumpre reconhecer-lhes, à face da lei, a faculdade de determinar, também previamente, o valor da prestação, para o caso de não execução desta. E as duas estipulações podem, sem esforço, considerar-se abrangidas no conceito legal de cláusula penal — sendo até de admitir que não se encontrem convenientemente diferenciadas, pela fixação indistinta de um quantitativo global, que seja a expressão pecuniária tanto da prestação como dos prejuízos que se receiam.

Tendo em consideração tôdas as observações anteriores, é fácil concluir que a cláusula penal pode ser chamada a desempenhar três papéis distintos :

- ou se limita a fixar o valor da prestação ;
- ou se limita a fixar o valor dos prejuízos ;
- ou fixa, cumulativamente, o valor da prestação e o valor dos prejuízos.

Se os contraentes forem claros nas suas estipulações, mostrando de forma inequívoca que significação pretendem atribuir à cláusula penal, não haverá senão que respeitar a vontade assim manifestada. De contrário, tem a dúvida de desfazer-se segundo os processos normais de interpretação dos actos jurídicos, na qual interpretação se atenderá, designadamente, ao quantitativo convencionalado, que, por exemplo, se fôr muito reduzido, menor do que o valor corrente da prestação, não é de presumir se alargue, no intuito das partes, a esta, funcionando também como seu substitutivo. Trata-se de um problema, como qualquer outro, de interpretação da vontade.

Tal é realidade. E é também uma realidade que a técnica rigorosa, dom precioso das leis, está ausente do Código Civil, nesta parte. Sendo assim, não causa estranheza que o § 1.º do art. 676.º

estabeleça a pena convencional e a indemnização como t ermos antit eticos, como t ermos que se excluem rec iprocamente.

Em muitos casos assim acontece — e tanto basta para dar um sentido   lei. Mas, noutros, as coisas passam-se de modo diferente, como de seguida se reconhecer .

a) Olhemos primeiro o caso de o interessado não obter o objecto da presta o *em espécie*, quer na data do vencimento, quer mais tarde.

Conquanto se trate de obriga o derivada de contrato bilateral, dupla faculdade assistir  ao credor, de harmonia com o sustentado neste estudo, — a faculdade de exigir o equivalente da presta o e a de exigir o ressarcimento dos lucros cessantes e danos emergentes, uma e outra coisa comportadas pela elasticidade legal da palavra «indemniza o».

Ora, se no contrato se tiver fixado uma cláusula penal, e esta f r extensiva a  esses dois aspectos, representando por vontade dos contraentes não são o valor dos prejuízos como também o da presta o (terceira hipótese acima considerada),   manifesto que, então, são a cláusula penal será de exigir, nada podendo cumular-se com ela. A tal caso adapta-se, com perfei o, a letra da lei.

Mas, se o significado da cláusula penal f r diverso, compreendendo-se nela *ou são* o valor da presta o *ou são* o valor dos prejuízos, não vejo que razão superior de lógica ou de justiça ou que imperiosa razão de lei se opõe a que o credor obtenha, *além do* cumprimento da mesma cláusula, e a título de indemniza o, *no sentido do § 1.  do art. 676. *, respectivamente a repara o da lesão sofrida ou o equivalente da presta o em falta.

Dentro da interpreta o que propugno, e que mais razoável se me afigura, teria o credor, caso nenhuma cláusula penal houvesse sido estipulada, o direito de exigir do remisso *tanto* o valor que viesse a atribuir-se   presta o *como* o montante em que se computassem as perdas e danos. Se no contrato se introduziu uma cláusula penal, mas dela *s mente* se f z constar a prévia fixa o *ou* daquele valor *ou* dêste montante, deixando o resto sujeito a determina o ulterior, parece óbvio que o credor poderá cumular, com o quantitativo constante da cláusula, aquêle que assim vier a ser posteriormente fixado. O contrário seria a nega o dos mais elementares princípios.

b) Concentremos agora a nossa tenção no caso oposto de o interessado lograr o objecto, *em espécie*, da prestação, embora depois da data do vencimento (*mora*).

Não terá êle, nesse caso, manifestamente, direito ao equivalente pecuniário da prestação, porque, se não fôsse assim, haveria da sua parte um locupletamento, recebendo duas vezes o mesmo valor — em espécie e por meio de um sucedâneo patrimonial.

É êste até, como evidenciei, o motivo por que no § 1.º do art. 676.º e no art. 709.º se contrapõe a execução ou o cumprimento do contrato à indemnização, usada esta última palavra para abranger o próprio valor daquilo a que o remisso se encontrava adstrito.

Mas, como também procurei demonstrar, o pactuante que respeitou o contrato ficará, ainda aqui, e não obstante conseguir o cumprimento ou execução (impontual), com direito à reparação dos prejuízos resultantes da mora. As disposições citadas não o dizem expressamente, mas da mesma forma não o repelem (dentro da interpretação atrás defendida), e vários elementos, que aponteii, conduzem com segurança a essa conclusão.

Ora bem. Nos casos de simples mora, há igualmente a considerar e distinguir as três diversas modalidades que pode revestir, quanto à sua extensão e função, a cláusula penal: ou esta visa fixar o valor da prestação, ou o dos prejuízos, ou um e outro.

Na primeira hipótese o credor, sem embargo da existência de mora, não poderá exigir o cumprimento da cláusula penal, porque a cláusula se destinava a dizer o que pagaria o devedor se o contrato não fôsse executado, e o contrato foi-o, embora tardiamente. Mas ficar-lhe-á salvo o direito à indemnização em sentido restrito.

Na segunda hipótese, poderá exigir aquêle cumprimento, não porém esta indemnização.

Na terceira hipótese, também lhe assistirá a faculdade de fazer funcionar a cláusula penal: só na parte, todavia, em que nela se faça a antecipada avaliação dos prejuízos.

8. B) Supusemos até aqui que o contraente pontual se decidiu pela *subsistência* do contrato.

Sabemos, no entanto, que êle pode adoptar solução diversa, dando por *destruídos* os efeitos do acôrdo que celebrou. Qual será, então, o regime legal?

A matéria está regulada não só no corpo do art. 709 e no seu § como ainda no corpo do art. 676.

O proémio do art. 709.º, na parte que nos interessa aqui, diz o seguinte: «Se o contrato fôr bilateral e algum dos contraentes deixar de cumprir pela sua parte, *poderá o outro contraente ter-se igualmente por desobrigado...* E o § único acrescenta: «Igualmente se pode ter como desobrigado um dos contraentes, se o outro se achar física ou legalmente impossibilitado de cumprir o contrato».

O proémio do art. 676 está redigido desta forma: «O pactuante, que satisfaz àquilo a que se obrigou, pode exigir do que não houver satisfeito não só o que pela sua parte prestou, ou a correspondente indemnização, mas também a pena convencional estipulada, e, na falta desta convenção, indemnização por perdas e danos».

Poderá supor-se que esta última disposição se refere à faculdade de fazer *actuar* o contrato, e não de o *rescindir*. De facto, a conjugação dêsse preceito com o preceito contido no § 1.º, por mim anteriormente analisado, parece justificar tal ponto de vista. Este § 1.º diz respeito às hipóteses em que o contraente, que a lei quer proteger, prefere a manutenção e efectivação do contrato, mas, como vimos, apenas fala, na sua letra, do caso de nenhum dos contraentes ter ainda cumprido. Em contrapartida, o corpo do artigo alude, também restritamente, às situações nas quais um dos pactuantes já satisfaz. Esta contraposição pode conduzir quem leia desprevenidamente o artigo a pensar que, *em todo êle*, se regula só a faculdade de pôr em movimento o mecanismo contractual, distinguindo-se nesta hipótese geral duas hipóteses mais simples, a de uma das partes ter já realizado a sua prestação e a de nenhuma o haver feito ainda, sub-hipóteses que estariam prevenidas respectivamente no proémio e no § 1.º

Mas não creio que seja essa a boa interpretação. Aquela contraposição é perigosa, e explica-se como deficiência do texto legislativo, entre outras tão gaves e tão numerosas neste capítulo.

A análise do corpo do art. 676 dá-nos a convicção inabalável de que êle é atinente, na efectividade, à *rescisão* do contrato bilateral com base no não cumprimento por parte de um dos contraentes.

Que se diz aí ? Diz-se logo em primeiro lugar o seguinte : «o pactuante, que satisfez àquilo a que se obrigou, pode exigir do que não houver satisfeito... o que pela sua parte prestou». Ora, se o primeiro pode exigir do segundo o que pela sua parte prestou, isso significa, sem possibilidade de quaisquer dúvidas, que os efeitos do contrato se encontram destruídos, que êste foi rescindido. Estando o contrato de pé, e querendo o contraente não remisso que êle assim se mantenha, lícito não lhe é, se já cumpriu, pedir a restituição do que satisfez, e, se ainda não cumpriu, abster-se de o fazer. Desde que o contrato conserve a sua fôrça vinculativa, qualquer das partes lhe deve obediência, não tendo nenhuma delas, no caso de o haver executado, causa legítima para pedir à outra a restituição do que prestou : a prestação efectuada tem fundamento e não pode impugnar-se, porque foi imposta por uma convenção cuja obrigatoriedade perdura.

Em síntese, o art. 676 regula no seu corpo e no seu § 1.º situações radicalmente diversas, porquanto neste supõe que o contrato *subsiste* e naquele que é *rescindido*. Qualquer destas duas hipóteses comporta duas sub-hipóteses, consoante o contraente que tem legitimidade para resolver àcêrca do destino do contrato, deixando-o com vida ou preferindo a sua rescisão, já realizou de seu lado a prestação a que estava adstrito ou não o fêz. O corpo do artigo só prevê a primeira destas sub-hipóteses e o § a segunda, mas isso não impede, pelas ponderosas razões apresentadas, que cada um se aplique a uma hipótese geral distinta — num caso rescisão do contrato, no outro perduração dos seus efeitos.

9. Pensa-se muitas vezes que a rescisão é um modo de destruição da eficácia dos actos jurídicos que só pode realizar-se por pessoa diversa de quem os praticou, e precisamente pelo juiz. A intervenção do tribunal, com valor constitutivo, seria atributo específico da rescisão, distinguindo-a da revogação pròpriamente dita. Nesta — na revogação — o acôrdo destruir-se-ia pela vontade contrária das próprias partes (distrate) ou, pelo menos, de uma delas, se a lei ou contrato assim o consentisse (revogação unilateral), naquela — na rescisão — destruir-se-ia pela intervenção imparcial de um terceiro, o juiz.

Julgo, no entanto, que a distinção, assim concebida, não tem

fundamento. O que separa a verdadeira revogação da rescisão não é a circunstância de haver ou não coincidência entre o agente ou agentes respectivos e os sujeitos do acto, mas a circunstância, diferente, de aquêles procederem no exercício de um poder discricionário ou terem de invocar certo fundamento, concretamente previsto e definido pela lei.

Se a vigência do acto terminar, só para o futuro ou também em relação ao passado, porque as partes (ou uma delas) assim o querem *livremente*, estamos diante da figura de revogação. Se porém o fenómeno se verifica porque há para isso, e abstraindo dos casos de anulação, um fundamento que dá a uma das partes ou ao tribunal, a pedido daquela ou de terceiro, o poder de destruir a eficácia do acto, a figura que surge é a de rescisão. Tanto a revogação (unilateral) como a rescisão podem, pois, ter por sujeito um dos sujeitos do acto : a diferença entre uma e outra residirá no facto de, quanto à primeira, êle agir discricionariamente, e vinculadamente quanto à segunda.

Daqui se conclui que há duas espécies de rescisão, a *rescisão jurisdiccional*, operada pelo tribunal, e a *rescisão não jurisdiccional*, resultante da só vontade, convenientemente manifestada, de um dos sujeitos do acto rescindível. .

Ora a rescisão dos contratos bilaterais, que se funda no não cumprimento por um dos contraentes, pertence a esta segunda espécie. Para o contrato se rescindir, não é essencial a intervenção do juiz ; e, quando tal intervenção se dê, a rescisão não existirá só a partir do momento em que o tribunal se pronuncie, mas desde que o interessado tenha exteriorizado, de maneira idónea, a sua vontade a ela conforme.

Assim me leva a pensar o modo como se exprimiu o legislador no art. 709. Nos precisos têrmos dêste artigo, «se o contrato fôr bilateral e algum dos contraentes deixar de cumprir pela sua parte, *poderá o outro contraente ter-se igualmente por desobrigado*». E o § único diz que «*igualmente se pode ter como desobrigado um dos contraentes, se o outro se achar física ou legalmente impossibilitado de cumprir o contrato*».

O advérbio «igualmente», empregado no corpo do artigo, é incorrecto, porque faz supor que o contraente remisso, pelo facto de não ter cumprido, ficou desobrigado. Não é assim, obviamente.

O não cumprimento, nos contratos bilaterais, não funciona como *condição resolutive (iuris ou facti)*, sem embargo de tradicional e communmente se lhe dar o nome de *condição resolutive tácita*, e por isso não determina por si, automaticamente, a ineficácia do acto; essa ineficácia existirá ou não consoante a vontade do outro contraente; é uma ineficácia *ope voluntatis* (por via de rescisão), não uma eficácia *ope legis* (caducidade). A prova do que afirmo encontra-se na circunstância de êsse outro contraente ter liberdade de escolha, podendo, se tal preferir, deixar invulnerados os efeitos do contrato.

Mas a apontada incorrecção de linguagem é indifferente para o nosso fim. A lei declara, com particular energia, que um dos contraentes pode *ter-se por desobrigado*, sempre que a obrigação, que à sua se contrapõe, não é cumprida, e assim esta fica desprovida de causa, — seja ou não o facto imputável ao devedor daquela. Se o contraente pode *ter-se por desobrigado*, isso significa que basta a sua vontade para a rescisão do contrato, não sendo o tribunal que a decreta.

Claro que o tribunal pode ser chamado a pronunciar-se, quer porque a outra parte entende que não havia fundamento para a rescisão, quer porque o autor desta tem direitos a fazer valer, dela emergentes. Mas a sentença que sôbre a controvérsia fôr proferida não terá *valor constitutivo*, ainda que dê razão ao réu na primeira hipótese e ao autor na segunda, porquanto *não rescindirá*, ela própria, o contrato, limitando-se a *declarar que êste se encontra rescindido* (além de condenar o réu em uma ou mais prestações, se fôr caso disso).

Parece-me, no entanto, ao abrigo de tôda a dúvida que não basta qualquer manifestação de vontade do interessado para que a rescisão se considere operada. Deve tal vontade ser levada ao conhecimento da outra parte: de tal modo que só depois de êsse conhecimento existir poderá reputar-se rescindindo o contrato.

Qualquer meio de comunicação serve, desde que possa fazer-se a sua prova, porque nenhum em especial postula a lei. Serve por exemplo a declaração perante testemunhas, uma notificação judicial avulsa, a citação para a acção intentada, com fundamento na rescisão, contra aquêle que não cumpriu.

E a necessidade de uma declaração *dirigida* ou *comunicada*



a este (declaração receptícia) afigura-se-me indubitável, dado que a rescisão lhe interessa sobremodo e sem essa formalidade nenhuma certeza poderia haver sobre a vida do acto.

10. Quando o contraente que rescinde o contrato tenha cumprido, da rescisão nasce para elle o direito à restituição daquilo que prestou. Acha-se tal faculdade consignada logo na primeira parte do corpo do art. 676.

Isto bem se comprehende, pois que, nos casos gerais (e é a êsses casos que me refiro), a rescisão dos contratos sinalagmáticos, fundada no não cumprimento por uma das partes, tem carácter retroactivo: produz os seus efeitos *ex tunc*, não *ex nunc*; resolve o contrato, não o dissolve. Este deixa assim de existir, ou melhor de ser eficaz, não apenas para o futuro, mas também quanto ao passado. As obrigações que d'êle promanavam desaparecem retroactivamente e, portanto, se alguma foi executada, aquêlê que a cumpriu tem direito a ser repostos no estado anterior, obtendo a restituição do que prestou.

Essa restituição nem sempre pode fazer-se *em espécie*. Quando tal aconteça, o interessado tem, de harmonia com os princípios gerais, a faculdade de pedir a *aestimatio* ou o equivalente daquilo que devia ser-lhe restituído. Estabelece-o o art. 676, quando diz: «o pactuante, que satisfez àquilo a que se obrigou, pode exigir do que não houver satisfeito o que pela sua parte prestou, ou a correspondente indemnização».

É de notar, entre parêntesis, a circumstância curiosa de neste preceito o Código empregar, sem sombra de dúvida, o termo «indemnização» para significar o mero valor ou equivalente patrimonial de uma prestação não efectuada — o que vem corroborar a interpretação que dou ao § 1.º do art. 676.º, bem como à parte correspondente do art. 709.º Aquella prestação não é, claro, a que constitui objecto do direito nascido do contrato, mas a que constitui objecto do direito nascido da rescisão — o direito à restituição do que, em execução do contrato, foi prestado.

11. Mesmo nos casos de rescisão, haverá lugar a indemnização de perdas e danos? Se há, ¿ que função desempenha ela?

Por muitos prejuízos que soffra com a rescisão o contraente

que a ela tem direito e a actua, nenhuma indemnização de perdas e danos poderá pretender êsse contraente se a rescisão se baseia num facto não imputável à outra parte. A rescisão, com efeito, tanto é possível quando o não cumprimento constitui um *facto* (subjectivamente) *ilícito*, como quando constitui um facto (subjectivamente) *lícito*, desde que, nesta última hipótese, a prestação se tenha tornado impossível: num e noutro caso a obrigação não foi executada nem o será mais e, assim, a obrigação contraposta, que naquela tinha a sua razão de ser, fica sem causa, o que é suficiente para legitimar a rescisão, como entendeu, e bem, o decreto n.º 19.126, acrescentando ao art. 709 o § único que já conhecemos. Ora, se a rescisão de um contrato bilateral se funda no não cumprimento por um dos pactuantes, mas êsse não cumprimento não é ilícito, falta um pressuposto essencial para a indemnização de perdas e danos. Aquêlê pactuante não deu causa (subjectivamente) à rescisão: não tem, pois, de responder pelos prejuízos que êle determine.

E nos outros casos, que são os casos normais, *¿ quid iuris ?*

Abstractamente poderia pensar-se que a rescisão não é cumulável com a indemnização de perdas e danos. Dir-se-á: se a rescisão faz desaparecer, *retroactivamente*, as obrigações decorrentes do contrato, o não cumprimento delas, se foi em determinado momento um facto ilícito, perdeu tal qualidade, com valor para o pretérito, logo que o contrato se rescindiu, não havendo assim que responder pelas suas conseqüências. *Cronològicamente*, existiu um facto ilícito; *juridicamente*, dado que se supõe que as obrigações nunca tiveram vida, nenhum facto ilícito existiu ou existe. E na verdade o Código Civil germânico (§§ 325 e 326) consagra esta orientação.

Perante a legislação portuguesa, as coisas não se passam assim. Efectivamente, o art. 676 dá, em têrmos expressos, ao contraente que tem o poder de rescindir o contrato a faculdade de exigir, «*não só* o que pela sua parte prestou, ou a correspondente indemnização, *mas também* a pena convencional estipulada, e, na falta desta convenção, *indemnização por perdas e danos*».

Pergunta-se no entanto: qual a função desta indemnização por perdas e danos? que prejuízos visa ela reparar?

De ordinário os autores, assim nacionais como estrangeiros,

respondem, mais ou menos explicitamente, que tal indemnização tem por fim colocar o interessado na situação em que se encontraria se a contraprestação tivesse sido executada (pontualmente).

Raciocinemos à face de um exemplo.

Suponha-se que *A*, dono do prédio *X*, e *B*, dono do prédio *Y*, celebraram entre si a troca destes prédios, cujo valor era igual (400 contos). Antes porém de o prédio *Y* ser entregue a *A*, devorou-o um incêndio, por culpa de *B*, que a tal entrega se encontrava obrigado. *A* perdeu, por hipótese, o ensejo de realizar duas vendas: a venda do prédio *X*, que não fez, por ulteriormente o ter alienado a *B*, e a venda do prédio *Y*, que também não fez, por entretanto êle ter perecido. A oferta quanto ao prédio *X* era de 600 contos e quanto ao prédio *Y* de 500.

Querendo *A* fazer valer o contrato de troca, pode — pelo menos dentro da interpretação que defendo — pedir o valor da prestação não realizada, ou sejam 400 contos, e ainda o prejuízo que lhe adveio de o prédio *Y* não ter sido entregue, ou sejam 100 contos, pois se o fôsse, tê-lo-ia vendido por 500. Mas deverá, em contrapartida, se ainda não entregou o prédio *X*, prontificar-se a entregá-lo.

Admita-se, porém, que *A* prefere a rescisão. ¿Que direitos lhe assistem nesse caso? Conservará o prédio *X*, ou obterá a sua restituição, se dêle já fez entrega; e não poderá pretender o valor da prestação que era devida por *B*. Mas, no tocante aos prejuízos, ¿em que medida deverá ser ressarcido? em 100 contos, lucro que teria obtido pela venda do prédio *Y*, ou em 200, lucro que auferiria se houvesse vendido o prédio *X*?

Para a orientação comum, a primeira solução é a exacta, visto que a execução do contrato por *B* teria dado a *A* a possibilidade de alienar o prédio *Y*, não o prédio *X*.

Não creio, todavia, que essa orientação seja de aplaudir. O contraente remisso, no caso de rescisão, não deve ser obrigado a colocar o outro contraente na situação em que êste se encontraria se êle, remisso, tivesse cumprido, porque o dever de cumprir desappareceu juridicamente no passado, em consequência da retroactividade da rescisão. Deve, sim, colocá-lo na situação em que estaria se não tivesse sido sequer celebrado o contrato a cuja rescisão o remisso deu causa. Conteúdo da indemnização é, pois neste caso,

como nos de *culpa in contrahendo*, dentro da doutrina de Ihering, o chamado *interêsse contratual negativo*.

A qualificação da conduta do contraente infiel como *não cumprimento (ilícito)* nunca existiu *de direito* — embora tenha existido *de facto* — visto reputar-se retroactivamente aniquilada a obrigação respectiva. A *ilicitude* dessa conduta só subsiste na medida em que esta foi *causa reprovável da rescisão*. Portanto, os prejuízos que ao referido contraente cumpre indemnizar são os que não se teriam verificado se êle se houvesse absterido de colaborar num contrato de cuja morte veio a ser o causador.

Assim, no exemplo de há pouco a indemnização seria de 200 contos, não apenas de 100, porque, na realidade, se a troca não tivesse sido celebrada, A teria vendido por 600 contos o prédio X.

As duas orientações diferem designadamente no seguinte, corolário das premissas expostas: na lógica da doutrina corrente, se a contraprestação, que devia ser realizada e o não foi, valer mais do que a prestação, o sujeito passivo desta poderá pedir, a título de indemnização, aquêle excesso de valor, que deixou de lucrar em virtude da falta de cumprimento do contrato.

Esta conseqüência constitui mais um argumento contra o ponto de vista que rejeito. Se o interessado pretende que o valor global da contraprestação fique representado no seu património, o justo é que consiga êsse resultado, não através da rescisão, mas sim através da efectivação do contrato, cumprindo de seu lado, se ainda não cumpriu, e exigindo aquêle valor global como equivalente da contraprestação em falta.

12. O art. 676 estabelece que, havendo cláusula penal, será ela cumprida, e só na sua ausência se pedirá a indemnização por perdas e danos.

¿ Ora como conciliar esta disposição com a doutrina expendida ?

¿ Não é certo que, se a eficácia do contrato deve considerar-se aniquilada retroactivamente, assim deve considerar-se também a da cláusula penal, *simples acessório* ?

¿ E não é por igual certo que essa cláusula visa de ordinário cobrir os prejuízos emergentes do não cumprimento ?

Estas razões têm inegável valor; mas não afectam a solidez da tese aqui defendida.

De harmonia com essa tese, cuja procedência resulta das considerações apresentadas, deve interpretar-se o art. 676, na parte em que se ocupa da pena convencional, como referindo-se a uma pena (passe a imprecisão do termo legal) *estipulada precisamente, na intenção das partes, para o caso de rescisão*. Com isto se responde à objecção formulada em segundo lugar.

E a primeira objecção fica, *ipso facto*, destruída, porquanto uma cláusula penal com êste conteúdo não pode deixar de ter, *substancialmente* pelo menos, a natureza de um *acto independente*, cuja eficácia em nada é atingida pela ineficácia do contrato sinalagmático a que diz respeito.

13. Outros aspectos gostaria de versar, como a rescisão dos contratos de trato sucessivo ou execução continuada, que não apresenta, excepcionalmente, carácter retroactivo.

Mas não o consente a índole dêste despretençioso estudo.

*Inocêncio Galvão Teles*